

Novas Alternativas Para o Positivismo Jurídico: A Ideia de um Critério Ético

New Alternatives to Legal Positivism: The Idea of an Ethical Criterion

Josemar Sidinei Soares^{a*}

^aUniversidade do Vale do Itajaí, SC, Brasil

*E-mail: jsoares@univali.br

Resumo

O presente artigo se propõe a contribuir com a discussão sobre a crise enfrentada pelo positivismo jurídico na contemporaneidade, tendo em vista a quebra de paradigmas provocada pelo fenômeno da globalização em um mundo pós-moderno. A pesquisa se justifica pela importância da temática para a contemporaneidade, uma vez que a sociedade pós-moderna vem modificando os valores que norteiam a vida em comunidade. O século XX atravessou grandes crises que ameaçaram a confiança dos cidadãos do mundo inteiro nas ideologias que prevaleciam, ou mesmo nas instituições que há tanto tempo acompanham a vida em sociedade, como a família, a religião e o próprio Estado. Esta problemática avançaria ainda ao ameaçar o próprio positivismo jurídico, pois a norma jurídica como critério de orientação de conduta para o direito desde a Idade Moderna passa a ser ameaçada. Na atualidade, o valor e o sentido das leis representam papéis ainda mais importantes que a interpretação restrita da norma. Não se aceita hoje a simples aplicação de normas, mas a verificação do valor que a mesma confere à ação praticada. Decorre disso que a norma necessita de um critério ético. A questão que surge é qual critério ético é capaz de contribuir com uma nova reimpostação do positivismo jurídico, tornando-o mais vivo, atual e inteligente para enfrentar os novos dilemas impostos pela pós-modernidade. O objetivo da pesquisa foi contribuir com o profundo debate envolvendo a crise do positivismo jurídico na pós-modernidade, com a possibilidade ainda de proposição de um novo critério para orientação de conduta. Tanto na fase de investigação quanto na fase de relatório dos resultados, o método a ser empregado será o indutivo, partindo da coleta de dados sobre as temáticas para enfim formular premissas gerais.

Palavras-chaves: Positivismo Jurídico. Pós-Modernidade. Critério Ético.

Abstract

This article aims to contribute with the discussion on the crisis faced by the contemporary legal positivism, in order to break paradigms brought about by globalization in a postmodern world. The research is justified by the importance of the topic for the present days, once post-modern society has been changing the values that guide the community life. The twentieth century went through major crises that threatened the confidence of citizens worldwide in the prevailing ideologies, or even in institutions so long attached to life in society, such as family, religion and the State itself. This issue would advance in order to jeopardize the legal positivism itself, as the legal standard as a guiding criterion of conduct for the law since the Modern Age is being threatened. Currently, the value and meaning of laws play roles even more important than the narrow interpretation of the rule. Nowadays it is not accepted the simple application of rules, but verification of the value it offers to the committed action. The result is that the rule requires an ethical criterion. The rising issue is which ethical criterion is able to contribute to a new impose of legal positivism, making it more alive, current and intelligent to face new dilemmas posed by post-modernity. The aim of this research was to contribute to the deep debate involving the crisis of legal positivism in post-modernity, with the possibility of the proposition of a new criterion for the guidance of conduct. Both at the research stage and report of results the method will be inductive, departing from data collection on issues to finally formulate general premises.

Keywords: Legal Positivism. Post-Modernity. Ethical Criterion.

1 Introdução

O positivismo jurídico atravessa hoje, diante da quebra de paradigmas imposta pela pós-modernidade, momento bastante complexo, sobretudo devido aos efeitos provocados pelo fenômeno da globalização. A autoridade jurídica, política e social do Estado, do direito positivo e das instituições que por séculos perdurou, foi fortemente abalada pelas crises do século XX, em especial as Grandes Guerras Mundiais.

Depois, a limitação da barreira do tempo e do espaço causada pela comunicação instantânea através dos avanços das tecnologias da comunicação aproximou os cidadãos do mundo inteiro, ampliando o intercâmbio de culturas.

A pós-modernidade revela ao mesmo tempo a dificuldade

de eficácia da norma jurídica em atender a esta nova realidade e também o descrédito ideológico das pessoas no Estado e nas normas jurídicas. Ao entender que cada sistema jurídico revela a ideologia de um Estado, abre-se portas à possibilidade de relativizar aquelas leis, já que elas são diferentes em várias partes do mundo e em distintos períodos históricos.

Para os nossos dias, surge como alternativa para reimpostação do positivismo jurídico, tornando-o mais vivo e presente na sociedade de modo inteligente e funcional, o estabelecimento de um critério ético, que busque implementar na vida individual e social a identidade de natureza do ser humano. Trata-se, portanto, de se repensar o positivismo jurídico a partir da necessidade de se revalorizar o direito não apenas como organização social e aplicação de normas,

mas, sobretudo, como ente responsável por trabalhar o aprimoramento existencial dos cidadãos.

Adianta-se que o positivismo jurídico tratado aqui engloba o paleopositivismo, considerado pela maioria dos autores como ultrapassado, bem como o positivismo contemporâneo, mais adequado a uma lógica neoconstitucional. Embora este último seja uma evolução em relação ao primeiro, pois já não admite que o juiz seja meramente um aplicador da lei sem refletir sobre a mesma, vez que necessita recorrer aos princípios e aos direitos fundamentais, sempre corre o risco de poder cometer as mesmas faltas do originário, qual seja: a aplicação utilizar tais critérios (princípios e direitos fundamentais) como se fossem meros recursos positivistas, tal como antes. É preciso que estes critérios tornem-se valores que norteiem a forma de se entender o Direito, seja na produção, na interpretação, na aplicação. Entretanto, o critério ético como abordagem alternativa não se limitaria a isso, mas defenderia que o Direito deve buscar realizações ainda maiores que a garantia de tais direitos fundamentais, argumentação que será realizada no decorrer do trabalho.

Para a realização deste trabalho, primeiro se abordará a quebra de paradigmas provocada pela pós-modernidade, que exige mudanças inclusive ao positivismo jurídico. Em seguida se analisará com maior atenção o desenvolvimento do positivismo jurídico desde sua justificação no período moderno até a crise que enfrenta hoje. Por fim, encerra-se com a proposta de se considerar o critério ético do humano como uma ideia viável e fundamental para novos rumos do direito na complexa sociedade pós-moderna.

2 Desenvolvimento

2.1 A Pós-Modernidade como ruptura com os valores da modernidade

A contemporaneidade se distingue dos demais períodos históricos por experimentar o início da crise de tantas instituições que por muito tempo foram consideradas os fundamentos da organização da vida em sociedade, tais como a família, a religião e o Estado.

Nas últimas décadas esta crise já vem sendo objeto de reflexão de vários sociólogos que a classificaram como pós-modernidade, pois estaríamos vivendo um momento que vem colocando em xeque a própria lógica da modernidade.

A Idade Moderna celebrou a ciência positiva como o caminho mais eficaz para se chegar ao conhecimento, através

de características como objetividade e verificabilidade. Procurou-se retirar a sensibilidade, a emoção e toda a dinâmica interna do homem¹.

A ciência positivista é em parte responsável pela ruptura entre sujeito e objeto. Uma ciência demasiadamente voltada ao objeto perde sua ligação profunda com o sujeito que estuda este objeto. Ao se perder o sujeito, qual a segurança que aquilo que sabemos sobre este objeto é seguro?

Edmund Husserl, em sua célebre conferência sobre a crise das ciências europeias, já anunciava que a ciência positivista alcançara seu limite, pois havia perdido a ligação com o mundo-da-vida (*Lebenswelt*) ao tornar-se demasiadamente voltada ao objeto.

A cisão entre sujeito e objeto pode ser considerada uma das causas de a racionalidade moderna não conseguir evitar tantas crises econômicas, sociais e culturais que permearam o século XX, em especial a explosão das duas Grandes Guerras Mundiais. A ciência moderna não estava inserida no mundo-da-vida, como defendia o filósofo Husserl, pois demasiadamente racionalista, revelou-se incapaz de entender o envolvimento dela na existência em geral, o sentido da ciência para o homem.

Mas não apenas a ciência moderna entrara em crise, também as instituições políticas, jurídicas e sociais da modernidade enfrentavam grandes dificuldades diante do conturbado século XX.

Tanto os filósofos existencialistas amplamente influenciados por Husserl (Heidegger, Sartre, Camus, entre outros), como os psicólogos humanistas (May, Maslow, Rogers) argumentaram a favor da necessidade de se restabelecer o ser humano como centro das atenções científicas, sociais, políticas, econômicas, jurídicas, entre outras. Na ciência jurídica é importante mencionar o papel de Miguel Reale, que partindo da leitura da obra de Husserl também fez grandes contribuições ao tentar estabelecer o homem como centro de sua filosofia jurídica.

Para estes pensadores do século XX a crise das instituições sociais e políticas que gerou o cenário conturbado daquelas décadas revelava ao fundo a crise existencial do homem. Em outras palavras, o homem havia perdido a si mesmo, olhava para dentro de si e enxergava um vazio em sua vida.

A modernidade entrara em crise, abrindo caminho à pós-modernidade. A transição pode ser representada na queda do Muro de Berlim², uma vez que este evento simboliza a vitória

1 Utiliza-se aqui a ideia de dinâmica interna do homem para expressar todo o vasto mundo psicológico do ser humano, em suas motivações tanto conscientes quanto inconscientes, e que influenciam decisivamente a vida do indivíduo. Recomenda-se aqui leitura de obras de Freud, Jung, Rogers, May e Maslow.

2 A queda do Muro de Berlim é simbólica para exemplificar a entrada definitiva neste novo mundo. Após a II Guerra Mundial prevalecia a lógica da Guerra Fria e sua divisão mundial entre capitalistas e comunistas. O mundo pós-89, representado pela queda do Muro de Berlim, pela dissolução da União Soviética e a transição dos países comunistas do leste europeu a governos cada vez mais próximos a um modelo capitalista acarreta numa revolução do panorama mundial, pois mesmo os já anteriormente países capitalistas passaram a sofrer em maior escala com taxas de desemprego e desigualdades sociais. Nesse contexto, as clássicas definições de direita e esquerda passam a entrar em conflito, entrando num momento histórico que se torna difícil definir o que e quem seria da esquerda ou da direita. A confusão entre esquerda e direita serve de exemplo de como as instituições e conceitos que por décadas persistiram dominantes hoje paulatinamente entram em decadência. Para maiores informações, ler Segrillo (2004) e Giddens (1996).

da globalização³. Depois do Muro de Berlim misturam-se a esquerda e a direita na política, tal como se misturam o individual e o coletivo, o novo e o velho, e tantas outras dicotomias.

A Guerra Fria notabilizou-se por seu estado permanente de antecipação a uma terceira guerra mundial. A ansiedade provocada era gerada em grande parte pela transmissão de informações de ambos os lados. Tanto capitalistas tentavam anunciar o lado obscuro dos comunistas como estes daqueles. Eram informações utilizadas principalmente com o objetivo de manutenção de ideologias que sustentavam um regime e tipo de governo. Após o Muro de Berlim as informações mudaram de panorama, e ampliaram ainda mais sua influência na vida das pessoas, pois de padronização e manutenção de ideias passaram a ser referenciais de conduta no cotidiano. Na pós-modernidade as informações veiculam as mensagens que propagam os padrões a serem seguidos.

A pós-modernidade vive também a sociedade da informação⁴, na qual a competitividade para acesso e permanência no mercado depende em grande medida do domínio das informações. A sociedade da informação ao mesmo tempo em que de certa forma democratiza a competição no mercado, pois permite o ingresso dos mais qualificados, também amplia as desigualdades sociais, pois nem todos possuem as mesmas condições de acesso a estas informações. Trata-se, portanto, de uma igualdade apenas formal. Para Lyotard, um dos grandes teóricos da pós-modernidade, a informação é na atualidade uma forma de poder, uma vez que ela inclusive estabelece hierarquias sociais (LYOTARD, 1979).

Neste período, o conhecimento perde espaço porque o homem descobriu que pode transformá-lo em informação, que por sua vez pode ser transmitida com extrema facilidade através dos diversos meios de comunicação. A internet é uma revolução na facilidade de acesso à comunicação, uma aproximação entre pessoas de todas as partes do globo como

jamais se viu na história da humanidade.

A facilidade de comunicação neste globalizado mundo pós-moderno provoca ainda outro paradoxo surpreendente: a crescente individualização das pessoas acompanhada pelo surgimento das tribos, grupos sociais em que os indivíduos se reconhecem como possuidores dos mesmos hábitos e preferências.

A crescente individualização das pessoas é assinalada por Bauman quando este cita como grande exemplo os *shoppings centers*. Estes estabelecimentos oriundos da lógica capitalista não aceitam contato profundo entre as pessoas, não é um espaço que as convida a visitar para interagirem entre si, mas apenas para o consumo. O importante é comprar no *shopping center*, não necessariamente manter ligações com outras pessoas.⁵ O *shopping center* tornou-se o templo do consumo, onde cada um cultua a própria individualidade como consumidor.

O surgimento das tribos é trabalhado por Maffesoli. As tribos simbolizam nova realidade, na qual as relações humanas tornam-se cada vez menos profundas, pois as relações não se constituem por sentimentos sinceros de ver o aprimoramento existencial do outro, mas tão-somente pelo compartilhamento de opiniões e preferências de estilo em política, moda, estética, entre outras.

O fortalecimento de redes sociais e o contato virtual pela internet reforçam este argumento. As pessoas cada vez mais preferem uma comunicação à distância com indivíduos que talvez nunca encontrem pessoalmente. Em muitos casos o contato virtual passa a prevalecer em preferência ao contato real no mundo. As relações tornam-se mais superficiais na pós-modernidade.

Por outro lado, este fenômeno também simboliza como o presente período desejava relativizar tantas culturas e instituições que acompanharam a humanidade até aqui. A religião, o Estado e tantas instituições que outrora receberam a confiança dos indivíduos foram em parte responsáveis por grandes conflitos, em especial as grandes Guerras Mundiais

3 A globalização é um fenômeno complexo e que repercute em várias dimensões da vida humana. “São múltiplos os sentidos da globalização, ora percebidos pelo modo como são afetados os subsistemas sociais (globalização econômica, política, jurídica, religiosa, cultural), ora pelos instrumentos de atuação (globalização tecnológica, organizacional, comunicacional), ora pela alteração das formas de apreensão da realidade, em que espaço e tempo parecem sobrepor-se (globalização territorial, de simultaneidade dos eventos em qualquer espaço)”. Ferraz Júnior (2009). Para Giddens (1991) há quatro dimensões: a primeira é a economia capitalista; a segunda é o sistema de estados-nação; a terceira é a ordem militar mundial; a quarta dimensão é o desenvolvimento industrial.

4 A expressão sociedade da informação passou a ser utilizada e divulgada por meio de fibra ótica, conjugado com o recurso a meios informáticos deram a base de estruturas globais de comunicação dentro do movimento geral de globalização. Um dos efeitos foi a instauração da sociedade da informação que ocorreu a partir da digitalização dos meios de comunicação com a transformação de todos os sentidos em ‘bits’, e com a grande capacidade dos computadores que, conectados em redes, possibilitaram a criação de uma grande ‘infovia’ ou ‘autoestrada da informação’. Toda a comunidade internacional passou a ter acesso às informações oferecidas no âmbito do mundo digital ou eletrônico e a expressão passou a ser utilizada inclusive em documentos regulatórios como as diretivas da União Europeia, além de legislação de países como Portugal, Espanha e Itália (VALLE, 2007).

5 Interessante que Bauman (2008, p.82) aborda os shoppings centers como templos do consumo, locais em que todos entram como produtos, e não como pessoas. “As leis do mercado se aplicam, de forma equitativa, às coisas escolhidas e aos selecionadores. Só as mercadorias podem entrar nos templos de consumo por direito, seja pela entrada dos ‘produtos’, seja pela dos ‘clientes’. Dentro desses templos, tanto os objetos de adoração como seus adoradores são mercadorias. Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios produtos de comodificação. Sua degradação regulamentada, privatizada, para o domínio da comodificação da política de vida é a principal distinção que separa a sociedade de consumidores de outras formas de convívio humano. Como em uma paródia macabra do imperativo categórico de Kant, os membros da sociedade de consumidores são obrigados a seguir os mesmíssimos padrões comportamentais que gostariam de ver obedecidos pelos objetos de seu consumo”.

do último século (HOBBSAWN, 1995)⁶.

A quebra de confiança nas ideologias e instituições predominantes conduz à necessidade de relativização dos valores e da própria cultura. O homem entendeu que absolutizar uma ideologia pode causar práticas que em outros tempos geraram perigos como o antissemitismo, por exemplo.

A relativização cultural conduz a um dado importante: a relativização da norma jurídica. Se as culturas são relativas, se cada cultura é específica de uma região e período histórico, e que estas culturas inclusive participam da construção do direito, como aceitar o absolutismo de uma norma jurídica? Que fato valida uma lei como algo absoluto e inquestionável se esta lei carrega consigo a ideologia de um Estado (MARX; ENGELS, 1998)⁷ e a cultura de um povo? A lei brasileira é resultado do processo histórico e cultural do Brasil, e por isso é bastante diversa da lei dos países árabes, por exemplo.

A norma jurídica também é institucional, também pode causar tanto benefícios como prejuízos. Com isso a contemporaneidade alcança o momento em que se questiona inclusive a eficácia das normas jurídicas.

Contudo, este movimento representa outro fenômeno ainda mais significativo, que é a discussão sobre validade do positivismo jurídico na atualidade. O positivismo jurídico é oriundo da racionalidade moderna, desenvolve-se a partir da evolução da ciência positivista. Analisar o enfraquecimento do positivismo jurídico na contemporaneidade é essencial para se reimpostar um direito mais vivo, funcional, atual e com identidade para solucionar conflitos e direcionar adequadamente para o futuro próximo.

Na próxima seção deste artigo o enfoque de estudo será no papel do positivismo jurídico na atualidade, desde a justificação de seu surgimento na Idade Moderna até seu enfraquecimento com a pós-modernidade.

2.2 A justificação do positivismo jurídico

É no cenário da ciência moderna que se desenvolveu o positivismo jurídico. Assim como o positivismo científico ansiava estabelecer um critério neutro e seguro para o saber científico, o positivismo jurídico buscava um critério neutro, seguro e objetivo para a aplicação do direito. Tal critério viria a ser a própria norma jurídica.

Villey (2005), quando estuda a formação do pensamento jurídico moderno, considera que com Thomas Hobbes se tem a fundação do positivismo jurídico. Hobbes é o pensador que operou a passagem científica do período moderno no âmbito da filosofia política e jurídica, sendo marcante o fato de o

pensador ter mantido contato com as maiores mentes daquele período, sendo extremamente influenciado pelo pensamento de René Descartes e também por Galileu Galilei.

Isto ocorre devido ao fato de que para Hobbes o Direito Natural não se constitui por um sistema de regras que *devem* ser cumpridas pelos homens, mas por ser a lei natural muito mais um preceito moral justamente pela inexistência de qualquer força que fixe, dê validade e coercibilidade às leis (VILLEY, 2005).

Assim, para Hobbes, é após a constituição do Leviatã que se originará o positivismo jurídico. O Leviatã representa a transferência de forças e poderes (*strenghts and powers*) à República (*Commonwealth*) e ao soberano, colocando fim ao estado de natureza. A República e o soberano inclusive encontrar-se-iam fora das regras do pacto, ou melhor, acima delas⁸.

Com essa nova perspectiva, a lei passa a ser a fonte suprema do Direito. Com isto, somente aquilo que é posto pelo ente que possui o poder de fazer leis passa a ter força para coagir os indivíduos dentro de uma sociedade.

Ademais, tem-se também a valorização do Direito Subjetivo do indivíduo, visto que está na esfera da liberdade deste agir na conformidade com as leis de natureza ou deixar de realizá-las. A grande diferença é que através do pacto os indivíduos abrem mão de seus *direitos naturais*, para receberem em troca, *direitos civis*.

Outro elemento que caracteriza a passagem realizada por Hobbes em direção a um Direito Positivo é a consideração de que o Direito não tem como objetivo a ordenação da conduta humana, mas de respeitar o prazer do indivíduo. O direito (*jus*) é a liberdade que a lei permite, por esta razão a lei (*lex*) é a obrigação que nos priva da liberdade que nos foi dada por natureza⁹. Conforme conclui Villey (2005, p.676):

[...] é a vontade do homem que, para servir a seus apetites nas circunstâncias da vida mutável em que se encontra, sem mais pretender a nada de imutável, cria ou ‘estabelece’ as regras de direito (*positivismo jurídico*).

Outra importante contribuição à constituição da teoria positivista pode ser colhida do pensamento de Montesquieu, que em seu *O Espírito das Leis* traz a existência de leis que regem toda a realidade que conhecemos, pois as leis são relações necessárias que derivam da própria natureza das coisas. Assim sendo, todos os seres têm suas leis. A Divindade, o mundo material, as inteligências superiores aos homens, os homens, os animais, todos possuem suas leis. Portanto, o homem também é governado por leis invariáveis,

6 Para uma revisão da história do século XX a partir de uma observação atenta das influências ideológicas, institucionais, valorativas e econômicas nas duas Grandes Guerras Mundiais é importante a leitura de Eric Hobsbawn.

7 Reflexões importantes sobre a influência da ideologia no domínio de um Estado podem ser observadas na obra *A Ideologia Alemã*.

8 A fórmula do contrato firmado para a instituição do Estado pode ser representada pela assertiva de Hobbes (2003, p.147): “Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações”.

9 “A Lei Civil é para todo súdito constituída por aquelas regras que a república lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra” (HOBBS, 2003, p.246).

mas como é um ser dotado de inteligência, é capaz de violar incessantemente essas leis e transforma aquelas que ele mesmo estabeleceu (MONTESQUIEU, 2000).

Constata-se o caráter jusnaturalista da teoria de Montesquieu. Todavia o pensador francês reserva um especial lugar para o Direito Positivo. Acima dos preceitos religiosos, das leis da moral, as leis possuem o caráter de poder conduzir o homem de volta aos seus deveres com as leis políticas e civis, dotadas da coercibilidade necessária para obrigar o indivíduo a agir devidamente (MONTESQUIEU, 2000).

Para que se possa realizar este ideal as leis não podem ser excessivamente generalistas, pelo contrário, as leis políticas e civis de cada nação devem estar adequadas apenas a casos particulares em que seja necessária a regulação estatal. Portanto, devem

[...] ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir uma para outro (MONTESQUIEU, 2000, p.16).

Nisso devem as leis ter relação com a natureza e o princípio do governo que foi estabelecido; com o físico do país, sua extensão, temperatura, situação e grandeza; com o gênero de vida do seu povo; com o grau de liberdade que a população pode suportar; a religião de seus habitantes, suas inclinações, riquezas, número, comércio, costumes, modos, dentre outras tantas questões. É neste sentido que se propõe Montesquieu a se deparar com o *Espírito das Leis* na mencionada obra (MONTESQUIEU, 2000).

Nesta perspectiva, tem-se que ao julgador não seria dado poder maior do que aquele de aplicar a lei do modo como esta fora formulada pelo legislador. Isto, pois “se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (MONTESQUIEU, 2000, p.170).

Apesar dessas influências indicadas, dentre outras tantas que se foram acumulando na evolução do pensamento jurídico na Europa, somente com Hans Kelsen que a doutrina do Direito Positivo alcança sua ‘pureza’. É na *Teoria Pura do Direito* que se encontra a busca pela construção de uma ciência jurídica que diga respeito estritamente àquilo que está posto na lei como ordenação da conduta de um determinado Estado.

Isto não significa a completa rejeição das demais dimensões para com as quais o Direito se relaciona, nem que este direito positivo não deve ser entendido como sem conteúdo moral, mas que não esteja condicionado pela moral (KELSEN, 2003). Tal definição constitui a separação entre direito e moral preconizada pelo autor alemão.

Para Kelsen, a norma jurídica sempre esteve ligada à norma moral, o que modificaria com a teoria pura do direito era o reconhecimento da inexistência de uma moral absoluta, pois cada época, sociedade e cultura possuía sua moral específica (KELSEN, 2003). Mesmo a afirmativa de que a paz era justa não pode ser entendida como moralmente absoluta

ou verdadeira, pois vários autores defendem inclusive o valor da guerra e da luta como condição essencial do direito.

Em síntese, o direito terá sempre por conteúdo também uma moral, tendo em vista que suas normas coercitivas obrigam os indivíduos a agirem de determinada forma, mas o conceito de ‘bom’, relativo à moral, não pode ser determinado como ‘o que deve ser’, que corresponde a uma norma, motivo pelo qual não se pode atrelar o Direito à Moral, o que somente seria possível na existência de uma moral absoluta. Assim, o Direito é aquela maneira de agir em conformidade com a ideologia de um determinado Estado exposta por intermédio de uma norma.

Depois da publicação da obra de Kelsen, o positivismo jurídico cresceu em número de defensores, de forma que grande parte do cenário da teoria jurídica no século XX se tornou um debate entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, conforme se observa Atienza (2007).

Salienta-se que o positivismo jurídico foi de enorme importância para a construção do direito. O direito do cidadão de obedecer apenas o que está posto, público, limitando a autoridade legal a aplicar apenas o que a lei permite reduziu em larga escala a possibilidades dos abusos de autoridade. O Princípio da Legalidade aplicado no Direito Penal da maioria dos países ocidentais, por exemplo, garante que o indivíduo seja punido apenas por aquilo que a lei define como crime. Tal conquista é mérito da Revolução Francesa e dos ideais iluministas que a influenciaram, que desde aquela época denunciavam a opressão do Estado sobre o indivíduo.

Desde então a necessidade da lei ser positiva para obter validade tornou-se direito dos cidadãos frente ao seu próprio Estado, era a garantia de que seus direitos fundamentais não seriam violados sem que ele mesmo infringisse as leis conhecidas. No século XX essa defesa ganhou ainda mais importância com o surgimento dos vários Estados marcados por ditaduras, que suprimiram a necessidade de seguir a lei sob o argumento de que defendiam um valor moral absoluto, por vezes ligado a um conteúdo divino. Atienza afirma ser a Espanha do século XX dividida entre os mais conservadores, defensores do jusnaturalismo relacionado à ideologia da ditadura franquista, e aqueles que se opunham ao regime, ancorados no positivismo jurídico. Os autores (como Kelsen, Hart e Bobbio) que contribuíram com a teoria juspositivista sempre estiveram entre o liberalismo e a social democracia.

Com isto, afirma-se que o positivismo jurídico exerceu importância fundamental na construção do direito do último século, uma vez que estabeleceu um ponto fixo e certo como critério para as decisões jurídicas: a norma. O critério já não estava em algo abstrato como o direito natural, mas em pressupostos conhecidos de todos, que poderiam ser estudados, debatidos e negados, uma vez que se aceitou o direito como produção humana e histórica a partir do relativismo moral.

O positivismo jurídico centra-se na norma jurídica, que por ser externa ao sujeito, é um dado fixo e estável no tempo e no espaço. A norma jurídica é criação que atende

a um determinado território e possui validade tão-somente no período de tempo em que vigora, podendo ser negada, revogada a qualquer momento. Mesmo uma Constituição pode em algum momento ser negada e gerar lugar a uma nova Constituição. Essa dinâmica de constante modificação seria a garantia de maior justiça, pois os indivíduos poderiam buscar modificar as leis quando estas não refletissem suas vontades. Percebe-se como a norma jurídica surgia como alternativa de segurança e liberdade aos indivíduos diante da estrutura estatal.

Contudo, já no século XIX Hegel assinalava que o direito é relacionado ao seu momento histórico, uma vez que as normas são produzidas a partir da manifestação dos costumes de um povo. O direito não é algo acabado, mas modificável com a ação humana no tempo. A inserção do direito como produto humano e histórico em Hegel contribuiu com a negação paulatina de uma concepção teológica do direito, que perdurara na Idade Média, e depois com a concepção jusnaturalista de direito da Idade Moderna, construída com bases filosóficas lançadas por Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau.

É essencial na filosofia hegeliana o movimento dialético que constitui a passagem dos momentos e figuras. O Espírito Objetivo, momento do Espírito em que se situa o mundo jurídico dentro da Filosofia do Direito, é apenas um momento do Espírito se revelando no mundo. Da mesma forma o Espírito se revela na história através de momentos¹⁰.

Dessa forma, o positivismo jurídico foi importante para determinado momento histórico, por motivos já expostos. Não constitui, contudo, a realização acabada do direito, isto é, o direito é um fenômeno mais complexo e que se encontra em constante transformação, de modo que o positivismo jurídico não representa o final da evolução, mas apenas uma etapa.

O argumento principal que acompanha a discussão sobre a validade do positivismo jurídico na atualidade é bastante semelhante ao debate entre ciência moderna e pós-moderna. Se a ciência moderna é acusada de centrar toda sua investigação no método e com isso cindir-se do mundo-da-vida, o positivismo jurídico é acusado de centrar-se demasiado na norma, esquecendo que esta apenas alcança sua eficácia quando envolvida com fatos e valores, tal como demonstrou Miguel Reale com a sua teoria tridimensional do direito.

Para o filósofo e jurista brasileiro, na análise do fenômeno jurídico é essencial que se compreenda a norma como carregada de valor e que produz valor, e que se origina de fatos e causará novos fatos. Reale é influenciado por Husserl, pois sua teoria busca interpretar o fenômeno jurídico como

imerso no mundo-da-vida, o direito inserido na existência¹¹.

O positivismo jurídico recebeu evolução considerável com a abordagem neoconstitucional, desde Alexy até os autores mais recentes, como Atienza, na medida em que reconhece a relação entre Direito e Moral na perspectiva dos direitos fundamentais, consagrados historicamente e institucionalmente na Constituição. Desse modo aqueles bens que determinado povo entende como os mais elevados a serem protegidos tornam-se os fundamentos que sustentarão todo o Ordenamento Jurídico. Além disso, ressalta-se o avanço das discussões acerca dos Princípios, que abrem a questão da diferenciação entre regras e princípios. Ainda que os princípios não deixem de ser normas no sentido positivista, possuem caracterização um pouco distinta, pois em geral os princípios não permitem efetivação limitada e exaustiva, como são as regras. Uma regra não permite meio termo, ou cumpre-se ou não, e há um limite para o cumprimento. Já nos princípios isto não ocorre, pois o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por exemplo, não possui um final estabelecido, vez que direciona todo o Ordenamento Jurídico a perseguir tal finalidade. Nesse sentido, os princípios não são normas aplicáveis apenas a este ou aquele caso, mas mandados de otimização que condicionam toda a lógica de determinado Ordenamento Jurídico.

É certo, portanto, que já não se aceita concepções como a de que o juiz seria apenas a “boca da lei”, e que a aplicação das regras deve vir acompanhada da observância dos direitos fundamentais, logo de certa moral que condiciona o sistema jurídico. Do juiz se espera um papel muito mais ativo e criador do que simplesmente reproduzir a ideia presente no texto legal.

Desse modo, pode-se compreender que a aproximação entre Direito e Moral já é um processo em andamento na teoria jurídica contemporânea. Entretanto, dela decorre outra problemática: se o juiz deve ser mais ativo em suas decisões, ponderando sobre princípios e direitos fundamentais, automaticamente se aceita que o mesmo possui maior autonomia para decidir. Neste aspecto, até onde se diferencia autonomia para decidir de arbitrariedade? Esse é um dos esforços de Streck (2011), em sua obra *Verdade e Consenso*, quando defende que a hermenêutica não pode se restringir nem ao paleopositivismo, aquele positivismo originário, e tampouco permitir a arbitrariedade do juiz decidir conforme sua própria vontade, ignorando princípios e valores que sustentam o próprio Ordenamento Jurídico.

Entretanto, salienta-se que o critério ético não é exatamente um sinônimo para aplicação dos valores

10 Para entender a atualidade do pensamento hegeliano é essencial a leitura de Honneth (2003); Vaz (2004); e Soares (2009).

11 Miguel Reale (1981), em evento realizado na UnB disse: “A razão no Direito não é, pois, a razão formalizada e estática de Kant, mas é uma ‘razão axiológica e existencial’ que se desdobra através do processo histórico”. É uma razão que, de certa maneira, reproduz, sob certo ângulo, aquilo que Hegel chamava o *universal concreto* – expressão esta que levou a tantas interpretações equivocadas. Mas, os logos do Direito, que se põe na norma jurídica, consoante têm procurado explicar em estudos mais recentes, está em constante vinculação com o *substrato da vida comum*, com a vida corrente, com o embasamento do viver espontâneo E. Husserl denomina *Lebenswelt* (*mundo da vida*). É este que alimenta o conteúdo interpretável da ‘regula juris’ no decorrer da sua duração histórica.

consagrados pelos direitos fundamentais, pois estes já devem ser observados pelos juizes como uma condição inerente ao direito contemporâneo. O critério ético que se apresenta aqui como abordagem alternativa surge muito mais como uma concepção humanista a ser situada inclusive antes do exercício de aplicação do direito, pois permearia também o momento da criação das leis. De modo mais concreto: o critério ético objetiva instalar o Homem como centro das ações e metas do direito contemporâneo, de modo que a produção, a interpretação e a produção do Direito deveriam tê-la como parâmetro, adicionado aos direitos fundamentais. Equivaleria a pensar de modo prático, seja nos debates para criação de leis, seja no momento de interpretar e aplicar as normas existentes: esta norma favorece ou não às pessoas? Esta minha decisão está contribuindo com o ser humano ou apenas obedecendo a uma lógica formalista?

Observa-se que simplesmente aplicar os direitos fundamentais não basta, sobretudo quando os autores neoconstitucionalistas demonstram que inclusive eles muitas vezes entram em conflito, mas saber aplicá-los funcionalmente ao ser humano. Se interpreto cada norma ou observo os princípios e direitos fundamentais sem ponderar tais questões, posso transformar o atual positivismo jurídico na mesma situação que era o antigo positivismo jurídico. Obviamente não se está argumentando que o operador jurídico precise ignorar a lógica positivista, mas que a utilize em prol humanista. Na parte final deste trabalho há argumentação de como o critério ético corrobora e amplia os objetivos dos direitos humanos.

A análise do direito nas perspectivas do valor e do fato abre espaço para uma alternativa importante no período atual: diante da crise do positivismo jurídico, o critério ético recupera sua força e surge como oportunidade de aprimoramento social do direito. Em outras palavras, tal como a pós-modernidade reclama da modernidade por esquecer-se do homem em suas investigações, e assim não perceber a angústia que o acometia, o direito contemporâneo critica o positivismo jurídico por situar suas decisões na norma jurídica, e com isso não vislumbrar os efeitos que estas causam ao seu destinatário: também o homem. Na atualidade a norma por si só não basta para ser obedecida, ela precisa representar um valor que merece ser obedecido. A norma precisa cumprir papel ético. É momento, portanto, de se reimpostar o direito positivo à sua responsabilidade de promotor da ética.

Contudo, o que seria este critério ético? Como a ética pode ser instrumento de condução da vida em sociedade? Responder estas perguntas exige partir do próprio conceito de ética, construído de forma profunda pela história da filosofia.

Na próxima seção do presente artigo será realizada breve recapitulação da ideia de ética na história da filosofia, para ao final ser possível reunir fundamentos que tornem viável a abertura de um novo debate: qual seria o critério ético para a atualidade?

2.3 O Critério ético do humano como alternativa para reimposição do positivismo jurídico

Ética deriva do grego *ethos*, que significa hábito, costume. Em geral entende-se ética como a ciência da conduta humana, a busca por tentar identificar tanto as causas que condicionam o agir do homem como a finalidade da ação (ABBAGNANO, 1992).

O esforço da pedagogia para um critério ético que possibilite o aprimoramento tanto da vida individual como social já possuía ampla dimensão na Grécia antiga, dentro do espírito da Paideia. Para o célebre pensador alemão Werner Jaeger, a Paideia seria o processo histórico e espiritual grego que conduziu à formação de um tipo elevado de homem. Este homem vivia o *ethos* virtuoso e excelente (*arete*) consolidado com o cultivo de uma inteligência aprimorada filosoficamente porém praticada de modo exato na existência em geral.

Na sequência será demonstrado breve percurso com a evolução da ideia de ética na história da filosofia. É essencial que este movimento não seja captado apenas como passagem de um momento a outro, mas que as contribuições dos vários pensadores de alguma forma persistem presentes na atualidade, pois influenciaram a construção da racionalidade. No sentido hegeliano do termo *aufhebung*, as contribuições destes autores seguem suspensas, porém vivas na racionalidade contemporânea.

Na *República*, Platão identificava a justiça como uma das virtudes da alma, definindo-a como o cumprimento de cada parte à sua função. O Estado, para Platão, seria sempre reflexo da alma dos seus cidadãos, de forma que um Estado justo revela indivíduos justos e um Estado injusto revela indivíduos injustos. A ética platônica é uma ética das virtudes que visa formar o cidadão virtuoso num Estado virtuoso.

A mesma conotação pedagógica, construída no espírito da Paideia grega, repercute em Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*, na qual a ética surge como a ciência que estuda o agir humano tendo em vista a felicidade, por ser este o sumo bem da vida humana. Da mesma forma, a ética fundamenta a obra *Política* na sua procura pelo bem comum.

A ideia de finalidade ética influenciará a filosofia medieval, em especial São Tomás de Aquino, em que Deus se tornará o último fim do homem. Para os escolásticos em geral, a máxima felicidade humana está em viver junto a Deus, guiando-se pelas virtudes que o aproximam da graça divina.

Em outro caminho andarà a filosofia moderna, em especial aqueles vinculados à teoria do contrato social. Os contratualistas passam a investigar a natureza humana, e a partir daí formular uma ética que possibilite a melhor forma de condução do homem. Dessa forma, Hobbes vê a natureza humana como *homo hominis lupus*, e, portanto, o Estado precisa ser absolutista para organizar a vida em sociedade. Já Rousseau vê o homem bom por natureza, mas que é corrompido pela sociedade. Dessa perspectiva surge sua teoria da vontade geral. Importa entender que aqui a ética situa-se

no plano mais empírico, ligado ao próprio mundo e natureza humana.

Da distinção entre a ética vinculada à metafísica entre os medievais e uma ética situada no plano empírico dos modernos surgem as investigações idealistas entre os filósofos alemães.

A começar por Kant, que busca na razão humana a sua capacidade de pensar por si próprio e fundamentar uma ética que favoreça tanto seu desenvolvimento como a vida em sociedade. A metafísica dos costumes nasce de postulados racionais concebíveis pela racionalidade humana.

O pensamento kantiano, porém, receberá críticas da filosofia hegeliana, que entenderá insuficiente buscar somente na racionalidade humana o critério ético. Em suas *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito* a moralidade é apresentada como incapaz de escapar da completa subjetividade, uma vez que todo postulado moral a partir de um indivíduo poderá ser inclusive contrário a outro, pois todo sujeito age conforme sua ideia de bem. A superação deste momento é a eticidade (HEGEL, 1982), na qual o direito surge como manifestação dos costumes, numa ética objetiva que se situa acima dos caprichos individuais. Essencial, também, trazer que para Hegel a eticidade representa a realização da Ideia de Liberdade, uma vez que ela surge da vontade livre posta pela autoconsciência em sua ação de transformar o mundo dado.

A dialética hegeliana exercerá grande influência nos pensadores e nos acontecimentos dos séculos seguintes. Entre os primeiros grandes influenciados está Karl Marx, que também utilizará a dialética como conceito central em sua filosofia. Marx, porém, modificará o panorama filosófico do idealismo para o materialismo. Para Marx, a filosofia não poderia se restringir a analisar o objeto, mas revolucioná-lo, tomar parte no movimento de transformação do mundo. Daí nasce a necessidade de uma filosofia materialista, que não se preocupe em entender a sociedade, mas sobretudo em transformá-la.

Marx via uma sociedade marcada pela desigualdade social entre classes, com os capitalistas detendo todo o poder e economia, enquanto que os proletariados realizavam longas jornadas de trabalho para manter os capitalistas no poder. O direito, a moral, a religião, eram todas manifestações ideológicas que reforçavam este sistema. Assim, a transformação somente seria possível pela luta de classes, com os proletários conquistando o poder e a partir daí implementarem o governo comunista. Observa-se que Marx,

de um lado denuncia a ideologia que sustenta por trás o valor moral e de outro reclama a necessidade de se formalizar uma nova ética, que seja capaz de organizar uma sociedade mais igualitária.

A filosofia de Marx teria tamanha influência no século XX que seu pensamento embasaria a maior parte da ideologia comunista, sendo fundamental para existência de eventos como a Revolução Russa. Depois, dividiria o mundo com o capitalismo no período da Guerra Fria.

Porém, a história demonstrou que a luta de classes é mais imprevisível do que de início se revelava. O século XX em grande parte foi marcado pelo confronto entre capitalistas e comunistas, e este duelo também não foi capaz de trazer um critério ético suficiente para garantir uma vida melhor às pessoas. O mundo dividido da Guerra Fria desaguou com a globalização como já assinalado. O século XX marcou-se ainda pelo sentimento de angústia e vazio existencial em cada indivíduo, e um vazio que nem o capitalismo nem o comunismo eram suficientes para preencher.

Aqui se situa o papel fundamental dos filósofos existencialistas, como Husserl, Heidegger, Camus, Sartre, Merleau-Ponty e outros. Para além dos grandes conflitos bélicos, das disputas ideológicas, das instituições, seguia o homem sofrendo.

Realizado este resgate histórico, é importante assinalar que as últimas décadas passaram a presenciar um esforço de colocar na prática a perspectiva ontológica deste critério ético, a se iniciar pelo surgimento dos direitos humanos. Tais direitos, como salvaguarda das condições mínimas de existência para além das ideologias, nacionalidades, classes sociais, entre outros, buscam garantir este aspecto ontológico do ser humano no mundo, que são alguns direitos fundamentais inalienáveis sem os quais é impensável uma parcela mínima de vida digna.

O mundo pós-II Guerra Mundial viu surgir movimentos importantes em prol dos direitos humanos, que se revelaram importantíssimos na relativização dos direitos positivos nacionais quando estes afrontassem a condição mínima de existência das pessoas.¹² Ademais, é justamente o movimento pelos direitos humanos¹³ que estende cada pessoa a cidadã do mundo e não apenas de seu país. Antes dos direitos humanos cada pessoa valia como cidadão apenas em seu território nacional. A nacionalidade ligava o indivíduo ao seu Estado. O governo nazista na Alemanha não considerava os judeus como cidadãos dentro da Alemanha, portanto não possuíam qualquer

12 De fato, os direitos humanos cumprem hoje papel fundamental na passagem de transformação do direito positivo. Como exemplo, podemos citar a recente impossibilidade de se prender alguém como depositário infiel no Brasil, quando mesmo a Constituição Federal assim o permite. Acontece que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, proíbe tal prisão, e tratados de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro recebem status de emenda constitucional, conforme dispõe a própria CF/88. Com isso, demonstram-se como os direitos humanos conseguem influenciar inclusive o documento jurídico mais importante de um direito interno. Outro exemplo da força dos direitos humanos é a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no famoso caso Damião Ximenes Lopes, que havia falecido num instituto de psiquiatria por péssimos cuidados médicos e omissão do Poder Judiciário em auxiliá-lo. Os direitos humanos procuram garantir ao indivíduo inclusive a segurança contra a violência de seu próprio Estado contra ele. A simples existência de algo desse gênero apenas demonstra como o Estado hoje é uma instituição insegura, incapaz de conquistar a confiança de seus próprios cidadãos.

13 Para compreender o papel dos direitos humanos é essencial captar as reflexões de Arendt (1989; 1999).

direito. Os estrangeiros não tinham garantia de direitos quando transitavam. E ainda há os apátridas, sujeitos que não possuem nacionalidade porque nenhum Estado os respeita como tal. A Declaração Universal de Direitos garante em seu Artigo XV direitos fundamentais como acesso ao Poder Judiciário, liberdade religiosa, entre outros a todos os apátridas. Com isto entramos na era em que já não somos restritos a uma cidade-estado, como na Grécia antiga, e nem a um Estado, como desde a Idade Moderna. Agora cada indivíduo tem seus direitos garantidos no globo. É um movimento amplo que transcende os direitos internos, transcende aquilo que as instituições nacionais podem controlar.

Em síntese, os direitos humanos ocupam este movimento existencial de anseio por uma vida digna a cada pessoa, qualidade de vida que ninguém tem certeza de que o mundo globalizado e pós-moderno serão capazes de garantir.

Contudo, a própria luta pelos direitos humanos vem sendo uma das enormes tarefas dos envolvidos com a causa humanitária nos dias atuais. Garantir o mínimo existencial é algo que está longe de se alcançar. Para verificar basta observar os Oito Objetivos do Milênio da Organização das Nações Unidas – ONU. Ainda perseguimos condições mínimas como erradicar a pobreza e a fome ou garantir a todos o ensino básico fundamental. Outros objetivos estão ainda mais longes, como a garantia da sustentabilidade. Ademais, os direitos humanos anseiam garantir condições mínimas de existência, aquelas que decorrem da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos não possuem como metas iniciais a autorrealização abordada por Maslow ou a *eudaimonia* aristotélica. Estas condições ocupam patamares mais elevados da existência humana.

Contudo, algo de primordial decorre deste movimento: o homem como critério. Os direitos humanos não se baseiam nas instituições ou no direito positivo, mas naquilo que cada homem precisa para viver uma existência digna.

Por outro lado, a necessidade de se reforçar o valor do homem diante da nacionalidade, das instituições, do próprio direito positivo interno, revela como as instituições em geral já não garantem o bem-estar aos indivíduos.

Trata-se de uma transição de critérios. Cada época possuiu seu critério para organizar a vida em sociedade. Os medievais possuíam o divino e o religioso como critério. A palavra de Deus era a verdade última, em especial a da Bíblia. Os modernos trouxeram o valor da razão e do indivíduo. Depois vieram as instituições. Vivencia-se hoje um novo momento. É necessário buscar um novo critério ético que seja capaz de promover o homem de forma mais integral. É essencial a luta pelos direitos humanos, porém também é essencial lembrar que o direito na perspectiva ontológica possui a responsabilidade de propiciar condições de vida excelente para as pessoas, condições que sejam compatíveis com a necessidade de autoconhecimento e aprimoramento existencial. O direito precisa buscar dar o mínimo, mas também pensar formas de oportunizar saltos maiores.

Este salto, que seria possibilitado por um critério ético do humano, representaria a evolução do direito na contemporaneidade.

Para surgir o critério ético do humano, é necessário um movimento de cada indivíduo de adequação à própria identidade de natureza humana. É preciso ainda que cada indivíduo cultive a própria existência possibilitando a si mesmo utilizar de modo mais adequado o próprio arbítrio. O indivíduo que aprende a agir conforme o seu critério de integridade passa também a criar melhores relações com os outros, pois suas ações passam a direcionar não tendo em vista a opinião ou as preferências momentâneas, mas aquilo que sua natureza lhe exige. Com isso argumenta-se que um indivíduo que aprimora a própria existência acaba por criar condições melhores de desenvolvimento também para os demais. Porém, esta condição somente é possível quando tal indivíduo aprende a seguir a sua identidade de natureza.

O bem para o homem é a decisão e o ato que promove a vida, sua funcionalidade e seu ser, tanto em relação ao sujeito como em relação à sociedade. A mesma identidade do ser estabelece a ordem do bem individual para o sujeito e do comum para a sociedade (VIDOR, 2008, p.120).

O critério ético do humano, portanto, proporciona desenvolvimento tanto ao individual como ao coletivo, advindo daí seu caráter de relação. A própria ideia de critério deve seguir determinada relação, pois todo critério se funda numa medida que determina, tendo em vista a relação com algo, o que é certo ou errado.

O critério é sempre de relação. Se esta relação é estabelecida entre a vontade e a natureza é o critério ético do humano; se é da vontade com a fé temos um critério religioso; e se é do comportamento com a lei temos um critério democrático ou de opinião (VIDOR, 2008, p.120-121).

Sintetiza-se assim que o critério ético é estabelecido a partir da relação entre a vontade e a natureza. “O objeto da ética é o ato voluntário. A decisão da vontade é um ato interno. É uma ação que quando exteriorizada torna-se comportamento” (VIDOR, 2008, p.122). Com isto distingue-se também que “o intelecto tende a verdade, a vontade tende ao bem”. O critério ético, estabelecida esta relação entre o bem individual e o bem comum, seria capaz de garantir leis da própria ordem racional para o bem comum. “A lei intrínseca a natureza do homem dá origem as leis formadas para garantir a ordem racional ao bem comum” (VIDOR, 2008, p.131).

Com isso constata-se que:

Por essa razão quem programa as leis necessita de um conhecimento mais exato de si mesmo como ser humano, de uma compreensão de como é constituída a natureza, porque esse é o critério e o ponto de referência para projetar leis que sustentem a ordem social, pré-contida no intelecto de nossa natureza humana. A consciência necessita estar adequada ao próprio intelecto (VIDOR, 2008, p.132).

Resulta do exposto nos parágrafos acima que o critério ético do humano depende de um cultivo existencial dos

indivíduos. A orientação racional pelo critério ético caminha junto com o autoconhecimento, pois:

as variáveis sociais podem dificultar a reta compreensão do critério integral da natureza, e a consciência sendo falha na forma de compreender a própria existência não estará apta a formular leis que sejam de valor nas relações sociais (VIDOR, 2008, p.132).

3 Conclusão

Este artigo procurou apresentar o critério ético como uma possibilidade de se reimpostar de modo mais vivo e atual o positivismo jurídico em um mundo pós-moderno.

O positivismo jurídico foi uma grande criação do período moderno, e já foi responsável por garantir segurança e liberdade aos indivíduos em épocas também conturbadas. Não se trata, portanto, de abandoná-lo, mas de transformá-lo tendo em vista as necessidades atuais.

O que não se pode mais aceitar é a simples aplicação da norma jurídica separada de todo o contexto ético e valorativo que ela envolve. A norma jurídica é um instrumento existencial, pois está imersa na existência do ser humano, por isso não pode cindir-se dessa realidade. O critério ético seria essencial para aplicar a norma jurídica não como simples aplicação do direito positivo, mas como um instrumento que busca propiciar aprimoramento existencial ao bem individual e comum.

Em outras palavras, trata-se de recuperar no direito o seu sentido profundo de instituição responsável pelo aprimoramento da sociedade, e não apenas o ente maior que se preocupa em regulamentar os indivíduos.

Este novo positivismo jurídico, ampliado em sua dimensão pelo critério ético do humano, inclusive contribuiria em estimular as pessoas a se desenvolverem por si próprias, pois tal direito exige a formação de uma racionalidade mais profunda, capaz de orientar de modo reversível com a própria identidade de natureza os atos voluntários no mundo externo.

Referências

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1992.
- ARENDT, H. *A condição humana*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- ATIENZA, M. *Dejemos atrás el positivismo jurídico*. Revista Isonomía, p.8-28, 2007.
- BAUMAN, Z. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BOURGEOIS, B. *Atos do espírito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.
- GIDDENS, A. *Para além da esquerda e direita: o futuro da política radical*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996.
- HEGEL, G. Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der philosophie des rechts oder naturrecht und staatswissenschaft im grundrisse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.
- HOBBS, T. *Leviatã ou matéria forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOBBS, E. *Era dos extremos: o breve século XX*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979.
- MARX, K.; ENGELS, F. *A ideologia alemã*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MIGUEL Reale na UnB. Brasília: UnB, 1981.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SEGRILLO, A. A confusão esquerda/direita no mundo pós-muro de Berlim: uma análise e uma hipótese. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v.47, n.3, 2004, p. 615- 632.
- SOARES, J.S. *Consciência de si e reconhecimento na fenomenologia do espírito e suas implicações na filosofia do direito*. 312f. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- STRECK, L. *Verdade e consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VALLE, R.M.P.A.R. *A ordem jurídica internacional e a sociedade da informação*. 206f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- VAZ, H.C.L. *Ética e direito*. São Paulo: Loyola, 2002.
- VIEILLARD-BARON, J.-L. *Hegel: penseur du politique*. Paris: Éditions du Félin, 2006.
- VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VIDOR, A. *Filosofia*. Curitiba: IESDE, 2008.